

自治体保有個人情報に関する請求拒否決定 (非開示決定・訂正拒否決定・利用停止拒否決定) と 行政救済の法的問題点考察 (3・完)

中京大学法科大学院 教授・法学博士

皆 川 治 廣

はじめに

第1節 請求拒否決定に関連する若干の事例

(1) 行政情報公開条例(個人情報保護条例制定以前)に関連する事例

事例(A) 東京地判平成6年1月31日:東京高判平成6年10月13日(控訴審)

事例(B) 浦和地判平成11年1月25日

事例(C) 浦和地判平成11年3月1日

(2) 個人情報保護条例に関連する事例

事例(D) 大阪地判平成6年12月20日:大阪高判平成8年9月27日(控訴審)

事例(E) 大阪地判平成14年12月20日

事例(F) 甲府地判平成15年3月18日:東京高判平成15年9月24日(控訴審)

事例(G) 熊本地判平成15年4月25日

事例(H) 東京地判平成16年6月25日

事例(I) 名古屋地判平成20年1月31日:名古屋高判平成20年7月16日(控訴審)

事例(J) 水戸地判平成20年2月26日:東京高判平成21年3月19日(控訴審)

第2節 行政不服審査

第1款 処分庁への異議申立て・審査庁への審査請求

(1) 異議申立ての事例

(2) 審査請求の事例

第2款 第三者不服審査機関(審査会)

(1) 審査会への諮問

(2) 審査会による調査審議

① 調査審議の手続

② 不服申立人と意見陳述権

(3) 審査会による答申

第3款 異議申立決定・審査請求裁決

(1) 決定・裁決の期限と方式

- (2) 審査会の答申内容を尊重した決定・裁決
- (3) 審査会の答申内容とは異なる決定・裁決
- (4) 審査庁の裁決内容とは異なる処分庁（実施機関）の措置

(以上、18号)

第3節 処分取消訴訟と要件審理（若干の争点整理）

第1款 処分性（公権力の行使）

- (1) 請求拒否決定と請求拒否通知
- (2) 処分性の要件欠落と公法上の当事者訴訟

第2款 原告適格（訴えの利益）

- (1) 法律上の利益
- (2) 狭義の訴えの利益

第3款 その他の訴訟要件

- (1) 不服申立前置主義
- (2) 被告適格・処分行政庁
 - ① 実施機関から下級行政機関への権限委任
 - ② 実施機関に属する下級行政機関の事務処理

(以上、21号)

第4節 処分取消訴訟と本案審理（若干の争点整理）

第1款 請求拒否決定と理由付記

- (1) 理由付記の瑕疵と処分の違法性・無効性
- (2) 理由付記と瑕疵の治癒
- (3) 処分理由の追加・変更の許容性

第2款 文書不存在：文書の移送及び廃棄

- (1) 請求拒否事由としての文書不存在
- (2) 文書の廃棄及び移送と訴えの利益の消滅

第3款 立証責任

- (1) 請求拒否決定と立証責任
- (2) 文書不存在と立証責任

第5節 その他の訴訟提起

第1款 裁決取消訴訟

第2款 不作為の違法確認訴訟

第3款 義務づけ訴訟等

- (1) 義務づけ訴訟の提起
- (2) 義務づけ訴訟の活用
- (3) 仮の義務づけの申立て
- (4) 差止め訴訟と仮の差止め

第4款 国家賠償請求訴訟

(1) 違法性と故意・過失

(2) 損害の発生

おわりに（課題と展望）

（以上、本号）

第4節 処分取消訴訟と本案審理（若干の争点整理）

自治体保有情報の名宛人である本人から開示請求、訂正請求ないし利用停止請求が行われた場合、非開示事由、訂正拒否事由ないし利用停止拒否事由に該当するか否かに関しては、実施機関に裁量権が認められている。従って、裁判所としては、当該事由の該当性判断過程において、実施機関には裁量権の逸脱・濫用があったか否かの審査を行うことになる。換言すれば、これらの請求拒否事由の該当性判断に「相当な理由」ないし「正当な理由」の有無について、司法審査が行われることになる。この点については、既に検討を試みたので⁽¹⁾、以下では、残された若干の争点に触れたい。

第1款 請求拒否決定と理由付記

まず、請求拒否決定について取消訴訟が提起された場合、理由付記に関わる瑕疵の違法性は、本案審理上の一つの争点となってくる。なぜなら、実施機関が当該請求拒否決定を行う場合には、文書形式の通知で行うことのみならず理由が付記されることも必要となっているからである。因みに、事例（A）の東久留米市個人情報保護条例第15条4項・第23条4項・第27条4項、事例（D）の高槻市個人情報保護条例第18条4項、事例（E）の泉南市個人情報保護条例第16条4項・第23条4項、事例（F）の山梨県個人情報保護条例第20条3項・第32条3項・第40条3項、事例（H）の小金井市個人情報保護条例第21条3項などでは、処分理由を付記すべきとの明確な規定が置かれている。

他方、事例（B）の埼玉県個人情報保護条例、事例（G）の熊本県個人情報保護条例、事例（I）の愛知県個人情報保護条例、事例（J）の茨城県個人情報保護条例などでは、理由付記に関する明確な規定が置かれていない。もっとも、各自治体の行政手続では、申請を拒否する処分には理由付記が要求されるので、行政手続条例上の理由付記が適用されることとなろう。また、請求拒否決定に不服のある請求人が、行政上の不服申立てとしての異議申立てや審査請求を行った場合には、事例（E）にも見られるように、決定ないし裁決にも理由が付記されることとなる。この点は、行政不服審査法旧第41条1項（新第50条1項4号）・旧第48条に基づく。

（1）理由付記の瑕疵と処分の違法性・無効性

処分理由の付記は、個人情報保護条例、行政手続条例ないし行政不服審査法上要求されるものであるから、処分理由が全く付記されていない場合には請求拒否決定、そして、裁決及び決定が違

法・無効となることは間違いない。問題となるのは、理由付記が不十分と考えられる場合である。請求拒否決定、そして、却下ないし棄却の決定あるいは裁決は、請求者・不服申立人にとってまさに申請拒否処分・申立拒否処分に他ならないからである。理由付記の趣旨は、実施機関の判断の慎重性・合理性を担保し、恣意的な判断を抑制するとともに、処分理由を相手方に知らせて、行政上の不服申立てや行政事件訴訟の提起に便宜を与えるものである。従って、実施機関、異議申立庁ないし審査庁には、十分な理由付記が要求されるのであり、根拠法文のみならず、具体的な事実関係までも記載すべきである。理由付記の記載内容について、事例（A）の東久留米市個人情報保護条例第15条4項は、「当該理由の提示は、開示しないこととする根拠規定及び当該規定を適用する根拠が、当該書面の記載自体から理解され得るものでなければならない。」と規定しており、同様の規定は、東京都個人情報保護条例第14条4項にも見られる。こういった規定は、従来の最高裁判例の趣旨を尊重し、その延長上の規定と見ることができる。従って、たとえ根拠法文を記載したとしても、事実関係の記載が明らかに不十分と思われる場合には、理由付記の不備が請求拒否決定、異議申立てに対する決定及び審査請求に対する裁決の違法性・無効性を導き出すこととなろう。

ところで、中学校2年生の女兒を自殺によって失った原告（父親）が、その死の理由等を知りたいとして、東京都町田市個人情報保護条例に基づいて、同女の通学していた中学校の全校生徒が同女の死について作成した作文の開示を求めた事例（K-4）⁽⁴⁾がある。同事例において、本件作文は生徒指導に役立てる趣旨で作成されたものであって、これを開示すれば生徒と教師との信頼関係を損なうおそれがあり、また、個人の評価、診断、判定、指導、相談、選考等に関するもの（第21条2号）、さらに、開示することにより実施機関による公正な職務執行が著しく阻害されるおそれのあるもの（同条例旧第21条3号・新第21条6号）に該当するとして、町田市教育委員会の教育長から非開示決定がなされた。そこで、原告側は、生徒が書いた作文の一部が存在しなかったこと（学校側が廃棄ないし生徒本人への返却を行っていること）を踏まえ、作文の不存在を記載しなかった本件決定には理由付記の不備があるとして違法性を主張したが、東京地裁は、本件訴訟の争点は非開示事由該当性判断の適否にあるとして、当該違法性の主張を退けるに至った。本件事例のような場合、理由付記としては非開示決定の違法性を帯びることになるが、この種の理由付記の不備は軽微な瑕疵であり、また、当該理由付記は非開示決定の重要な要素を構成しているとは見なしがたい。従って、こういった理由付記の不備は、非開示決定の適法性・有効性に重大な影響を与えるものではなく、処分の違法性・無効性を招来せしめることのない軽微な瑕疵として特徴づけられよう。

（2）理由付記と瑕疵の治癒

事例（E）で、裁決の通知書には、「泉南市情報公開・個人情報保護審査会の答申による」と記載されているのみで、非開示とされた理由そのものは記載されていなかった。⁽⁵⁾原告側は、この点がまさに違法である、と主張している。しかし、被告側が原告の交付要求に応じて、後に、泉南市情報公開・個人情報保護審査会の本件非公開決定に係る答申を交付するに至った。また、本件答申では、原告が開示を請求している文書に相当する公文書が存在しないので、本件非開示決定は妥当である

旨が記載されている。理由付記の制度目的は、既に述べたように、実施機関の判断の慎重性・合理性を担保し、恣意的な判断を抑制するとともに、処分理由を相手方に知らせて、行政上の不服申立てや行政事件訴訟の提起に便宜を与えることにある。そうであるならば、原告側は裁決の理由を現実に知ったのであるから、裁決につき理由付記の不備があると認めることはできず、むしろ、理由付記の瑕疵は治癒されたものと見ることができよう。この点は、行政不服審査法にいう教示、すなわち、教示がなかった場合には相手方は不服申立書を提出することができるにとどまり（同法旧第58条1項・新第83条1項）、教示を行った場合には不教示の瑕疵が治癒されることと同様に考えてよいのではなかろうか。

（３）処分理由の追加・変更の許容性

処分理由に不備があった場合、取消訴訟の係属中に処分理由の追加や変更の主張が可能となるのか、換言すれば、請求拒否決定がなされた後、その取消訴訟の係属時に、改めて実施機関側が処分理由を追加あるいは変更することも許されるのであろうか。この点、個人情報保護条例ではなく情報公開条例を巡ってこれが争われた事例があり、母親である原告が、埼玉県行政情報公開条例（当時埼玉県個人情報保護条例は未制定の状況）に基づいて、自分の子供に関する大宮市立中学校長から埼玉県立高等学校長に提出された昭和62年度埼玉県公立高等学校入学志願者調査書の公開を請求したところ、埼玉県総務部県政情報センター所長から非公開処分を受けたという事例（K-5⁽⁶⁾）がある。同事例では、①本件調査書は、埼玉県行政情報公開条例第6条1項1号に該当する情報（「通常他人に知られたくない個人に関する情報」）であるかどうか、②本件調査書は、同条例第6条1項5号に該当する情報（「その他公開することにより行政の公正かつ円滑な執行に著しい支障を生ずることが明らかである情報」）であるかどうか、③同条例第7条本文により、親は、その子の情報の公開を請求することができるかどうか（「本人から公開の請求があった場合には、当該行政情報を公開しなければならない」）が、主要な争点とされていた（いずれも、本件事例で争われていた当時の条文である）。本件非公開処分の通知書においては、処分理由として②のみが挙げられていた。その後、処分取消訴訟が提起されてはじめて、実施機関側は、①及び③を追加主張したものである。浦和地裁は、「従前と基本的な変更はなく、追加された処分理由に対して新たな主張を展開せずに従前の主張を敷衍するだけで足りると考えられるから、右処分理由を追加しても、原告が防御をする上で実質的な不利益はないといえることができる。右のような事情に照らすと、被告が本訴において前記のような処分理由の追加をしたとしても、直ちに本件条例が理由の附記を求めた趣旨を没却するものとはいえないから、右追加主張をすることは許容されるというべきである。」と判示するに至った。

また、事例（A）の東久留米市公文書公開条例に基づく教育情報の文書非公開処分につき、当該非公開処分の取消訴訟が提起された後に、当初理由付記された①「個人に関する情報で公開されることにより私生活の平穏を害するおそれのあるもの」以外に、被告久留米市側は、②「公開することにより実施機関の事務事業の現在又は将来の公正若しくは円滑な執行に支障が生ずるおそれがある

るものに該当する」との追加主張を行った。東京地裁は、「本件処分においては、本件指導要録における個別具体的記載内容ではなく、一定の様式に従って記載される指導要録一般の記載事項を念頭にいた上、これが公開されることにより生ずる弊害を考慮して公開の是非が判断されたことがうかがわれ、本訴における処分理由の追加主張も、本件処分当時に全く問題としていなかったような記載部分や本件指導要録の個別具体的記載に着目するなどして異なる基礎事実を前提として理由を追加したというものではなく……、被告らが、本訴において、右のような処分理由の追加をしたとしても、直ちに本件条例が理由の附記を求めた趣旨を没却するものとはいえないというべきである。」と判示している。

これらの事例を参考にすると、請求拒否決定の通知書に一度理由を付記した以上、請求拒否決定処分の取消訴訟において、実施機関側が当該処分理由以外の理由を主張することを絶対許さないと考えることには無理であろう。換言するならば、原告側に過酷かつ不利益を強いないことを条件として、そして、同一の基礎事実を前提とする限り、後に新たな訴訟提起がなされることを回避するためにも、実施機関側からの処分理由の追加、さらには事例（F）に代表されるように、処分理由の変更主張を認めてもよいように思われる。⁽⁷⁾

第2款 文書不存在：文書の廃棄及び移送

（1）請求拒否事由としての文書不存在

開示請求、訂正請求ないし利用停止請求がなされても、自治体に個人情報が存在しない場合には、これらの請求は認められないこととなる。例えば、実施機関自体が文書を保管・管理していない場合であり、①個人情報を取り扱う事務事業自体が存在しない場合、②公文書の保存期限の経過、あるいは廃棄によって、公文書等が存在しない場合、③他の公的機関への送付により、個人情報を記録した公文書等が存在しない場合が挙げられよう。⁽⁸⁾なお、④分類その他の整理が行われていないもので、同一の利用目的に係るものが著しく大量にあるため、その中から特定の保有個人情報を検索することが著しく困難である場合も、個人情報が存在しない場合と同一に考えてよからう。いずれにしても、文書不存在を理由とする請求拒否決定も処分性を有することになるので、請求人は、行政上の不服申立てや処分取消訴訟を提起することが可能となる。

因みに、事例（H）にあって、訂正請求の対象の一部とされたのは、原告の勤務状況等について、関係職員と協議した内容を直接記録した担当課長の公文書ではなく、当該担当課長が協議の際にとったメモを個人の備忘用ノートに私的に転記しておいたものとされる。従って、原告に関する「個人情報」は存在するものの、まさに、「実施機関」である小金井市長が収集・管理する「個人情報」は存在しないこととなる。本件事例は、前記①に関連するものであり、小金井市長が当該ノートの訂正及び利用停止の権限者でないばかりか、訂正及び利用停止の請求対象となる「個人情報」が記載されている行政文書そのものが、公的に存在しない事例と言えよう。

(2) 文書の廃棄及び移送と訴えの利益の消滅⁽¹⁰⁾

前記②事項に関連して、文書管理等に係る条例、規則ないし規程で定められた保存期間が経過したため公文書が廃棄された場合、あるいは、前記③事項に関連して、公文書が実施機関によって他の公的機関に移送された場合、実施機関には文書が不存在とされ、原告には、もはや「争うべき法律上の利益」(行政事件訴訟法第9条1項第2カッコ書き)が消滅したとみなされるのであろうか。結論を先に言えば、期間の経過や事情の変更などにより、裁判所が取消しをする実益がなくなったとされ、もはや訴えを維持するだけの利益を欠くことになり、処分取消訴訟は却下されることになろう。例えば、事例(D)では、高等学校入学者選抜のための資料として作成された調査書が、既に高槻市の教育委員会には存在せず、原告が受験を希望していた県立の高等学校に送付されている。こういった場合には、処分取消訴訟で争うべき法律上の利益が消滅したものと解されよう。なぜなら、開示請求、訂正請求ないし利用停止請求の対象となるのは、現に実施機関において管理する文書等に限られるので、実施機関に文書が存在しない以上、回復すべき法律上の利益が認められないからである。学校教育法施行規則第54条の6や第59条1項などからすると、調査書は、入学選抜の資料として、中学校長から高等学校長に入学願書の近接した時期に作成され、短期間で高等学校長に送付される点に特徴がある。前記③事項及び事例(C)なども参考にすれば、原告側は高槻市ではなく、文書の保管・管理者たる大阪府に対して改めて、開示請求をすればよいことになる。

ところで、事例(B)にあつては、文書不存在を理由とする非公開決定処分について、国家賠償請求が提起されている。浦和地裁は、「原告からの本件公開請求が行われることを予め予想し、その公開請求を妨げる目的で廃棄したという事実を認めることはできないので、本件不存在通知が、違法であるとする原告の主張は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。」と説示している。公文書を廃棄ないし移送することが緊急性・正当性を有する場合、あるいは必要不可欠の場合を除き、争われている公文書自体を、実施機関の自主的判断で廃棄してしまうことは、裁判所の最終判断を回避する安易な手段、脱法手段として濫用されかねない。実施機関は、個人情報の保管・管理者として、請求拒否決定後は、裁判所の最終的な判断を待つべく、責任を持って関連文書を保有すべきである。前掲事例(K-4)にあつては、町田市教育委員会が非開示決定を行った後、学校側は、全校生徒の作文を廃棄ないし生徒本人へ返却してしまったことから、訴えの利益が争点とされていた。こういった学校側の措置には疑問の余地があり、むしろ、信義則違反との謗りを免れできないのではないか。

第3款 立証責任

ここでは、請求拒否決定に関する取消訴訟において、請求拒否事由の該当性判断に過誤があったことを原告側が立証するのか、あるいは判断過程に過誤がなかったことを実施機関側が立証すべきか、これらの争点を検討したいと思う。

（１）請求拒否決定と立証責任

まず、事例（Ⅰ）にあって、名古屋高裁は、「裁判所は、……（中略）……不開示情報に該当するか否かについての実施機関の判断が違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、その判断が実施機関の裁量権の行使としてされたものであることを前提にして、それが合理性を持つものとして許容される限度内のものであるかどうか、すなわち、不開示の判断の基礎とされた重要な事実が誤認がある等により同判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、あるいは、事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により同判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかなど、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったと認められる点があるか否かを審理し、これが認められる場合に限り違法とすべきものであって、開示請求者においては、かかる裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったことを基礎付ける具体的事実について立証することを要するものと解するのが相当である。」と判示している。ここでは、原告側に立証責任を負わせている。

他方、旧神奈川県個人情報保護条例に基づき、神奈川県知事に対して措置入院に関する個人情報の開示を請求したところ、これが一部非開示とされたという事例（K-6）⁽¹¹⁾にあって、原告側は、個人情報は原則的に開示されるべきであるから、例外である本件条例（旧）第15条4項各号（非開示事由）該当事実の立証責任は被告にある、と主張していた。他方、被告側は、該当事実の立証責任を被告に負わせることは、被告に対し、事実上、不開示部分の記載内容を明らかにすることを強いることとなり、各号の趣旨に反するので、原告側が各号所定の不開示事由が存在しないことを立証すべきである、と反論していた。

個人情報保護条例は、元来、個人情報の開示、訂正及び利用停止を求める個人の権利を明らかにしているのであるから、こういった権利を制限する請求拒否決定については、被告側（実施機関側）に立証責任を負わせるのが妥当ではないと思われる⁽¹²⁾。事実、中学校の教諭である原告が枚方市個人情報保護条例に基づき、市内人事異動にかかる自己に関する所見、資料一切の閲覧及び写しの交付を請求したところ、枚方市教育委員会が、同請求に対応する文書のうち校長所見部分を非公開とする旨の部分開示決定を行なったため、非開示部分の取消訴訟が提起された事例（K-7）⁽¹³⁾にあって、大阪地裁は、「本件条例は、公文書に記録されている個人情報の本人は実施機関に対して当該個人情報の開示請求をすることができ（16条1項）、実施機関は開示請求に係る個人情報が同条2項各号のいずれかに該当するときに限り当該個人情報を開示しないことができる旨規定している（同項柱書き）から、当該個人情報の非開示事由該当性の主張立証責任は、実施機関に存するものと解される。」と判示している。もっとも、非開示事由、訂正拒否事由ないし利用停止拒否事由について、これを当該個人情報の具体的内容に即して立証することまでを実施機関側に要求するならば、当該個人情報を開示したのと同様の結果を招く可能性が高く、一定の範囲の個人情報を非開示とすることができることを定めた個人情報保護条例の趣旨を没却することになりかねない。そこで、前掲事例（K-7）で大阪地裁が説示するように、「このような場合、実施機関としては、同項の趣旨を損なわない限度で当該個人情報の種類・内容等を明らかにしつつ、当該個人情報が非開示事由に該当することを基礎付けるに足る事実を主張立証すれば足りる。」と言えよう。

なお、事例（C）は、埼玉県立越谷擁護学校長が生徒の受験先学校長にあてて作成した事前協議に関する文書につき、その訂正（抹消）請求が争われた事例である。原告側は、「療育手帳 みどりの手帳（精神薄弱）」との記載につき、自分はいわゆる「精神薄弱」ではなく「みどりの手帳」の交付も受けていないことから、事実と反して誤りである旨を主張している。被告側は、この事実につき争わず、この主張を認めている。こういった事情に鑑みれば、本件事例は、原告側が主張責任を全うし、被告側が裁判上の認諾を一部行った事例と見てよからう。

（２）文書不存在と立証責任

事例（E）にあって、大阪地裁は、「本件非開示決定は、本件開示請求にかかる文書が不存在であることを理由としてなされたものであるところ、本件個人情報保護条例に基づく開示請求権が発生するためには開示請求の対象となっている文書が存在することが前提であるから、当該文書が存在することを主張して本件非開示決定の取消しを求める原告に、当該文書が存在することを立証する責任があるというべきである。」と判示した。そして、水道管の分岐点において閉栓がなされたことを確認できる書類が存在することにつき証明がなされていないとして、原告側の請求を棄却するに至った。

文書不存在の立証責任については、原告側にあるのか、被告側にあるのか、議論が分かれるところであろう。開示請求者たる原告側には、非開示決定の不当性・違法性を立証する材料を十分に持ち合わせていないことも多々考えられる。そこで、文書不存在による非開示決定についても原告側に立証責任を負わせるのではなく、被告側たる実施機関に、その適法性の立証責任をさせるよう転換を図ることも一方法として考えられよう⁽¹⁴⁾。因みに、保存期間の経過を理由とする廃棄があったため文書不存在とされる場合には、文書管理に関する条例、規則ないし規程からして、実施機関による立証は容易に行われるものと考えられる。

第５節 その他の訴訟提起

第１款 裁決取消訴訟

既に見たように、請求拒否決定については、処分取消訴訟でこれを争うのが一般的であるが、行政上の不服申立てに対する却下・棄却の決定や裁決を取消訴訟の対象とすることも不可能ではない（行政事件訴訟法第３条２項・３項）。もっとも、裁決の取消訴訟にあっては、裁決固有の瑕疵を争うこととなり、原処分たる請求拒否決定の違法性を争うことができない（行政事件訴訟法第10条２項）。原告側としては、裁決取消訴訟のみを提起することも可能であるが、原処分の違法性を主張したいのであれば、処分取消訴訟と裁決取消訴訟とを相互に関連請求として移送・併合することができるので（行政事件訴訟法第13条・第16条・第19条）、両者を併せて提起するのが一般的と言えよう。

例えば、事例（E）にあって、原告が泉南市個人情報保護条例に基づいてした水道管の閉栓に関する書類の開示請求を行ったものの、これが拒否され、後に行政上の不服申立て（審査請求）を行ったところ棄却判決が出されたので、処分取消訴訟とともに、当該判決に関する取消訴訟が提起されている。因みに、審査庁である泉南市長から諮問を受けた後、泉南市情報公開・個人情報保護審査会における調査審議の段階で、審査請求人である原告に意見陳述権を保障しなかったことが、判決の違法事由として主張された。

第2款 不作為の違法確認訴訟

事例（B）及び事例（D）にあって、原告側は、処分取消訴訟とともに不作為の違法確認訴訟（行政事件訴訟法第3条5項）を提起している。もっとも、事例（B）にあっては、裁判所から、不作為の違法確認訴訟の原告適格が認められない旨が判示されたため、原告は、当該訴訟を取り下げるに至っている。また、事例（D）にあっては、処分取消訴訟における文書不存在通知の処分性が主な争点とされていたこともあり、不作為の違法確認についての裁判所の判断は示されていない。いずれにしても、「何らかの処分又は判決をすべきにかかわらず、これをしないこと」からして、個人情報について開示請求、訂正請求ないし利用停止請求が行われた場合、実施機関によって何らかの措置決定がなされない場合には、不作為の違法確認訴訟の提起が可能となる。また、行政上の不服申立てに対する決定ないし判決が出されない場合にあっては、不作為の違法確認訴訟を提起することができる。

他方、自治体が保有する個人情報について開示請求、訂正請求ないし利用停止請求が行われた場合には、各自治体の行政手続条例が適用されることから、実質的には、標準処理期間の設定・備付け、申請に対する審査・応答といった手続上の法的救済を受けることが可能と考えられる。不作為の違法確認訴訟は、法令に基づく申請に対して、「相当期間」を経過しても実施機関の措置決定がない場合に行われうる。従って、当該訴訟の提起は、判決までに2年を経過したような事例（B）に見られるように、「相当期間」が著しく経過したような場合に限定されよう。なお、不作為の違法確認訴訟の係属中に、開示決定、訂正決定ないし利用停止決定が実施機関により出された場合には、その段階で当該訴訟を維持すべき訴えを利益が消滅することとなる。逆に、実施機関によって請求拒否決定が出された場合にも、訴えの利益が⁽¹⁵⁾消滅する。後者の場合には、原告側は、改めて請求拒否決定の取消訴訟を提起すればよからう。その他、不作為の違法確認訴訟の係属中には、当該不作為の違法確認訴訟から処分取消訴訟への訴えの変更⁽¹⁶⁾（行政事件訴訟法第21条）も可能と思われる。

第3款 義務づけ訴訟等

（1）義務づけ訴訟の提起

処分取消訴訟が提起された場合、裁判所が請求拒否決定を取り消すことにより、実施機関には新

たな決定を行うべき拘束力が発生する（行政事件訴訟法第33条）。もっとも、同一の非開示事由・訂正拒否事由・利用停止拒否事由に基づく同一の決定を行うことが禁止されるのであり、別の事由に基づいて、請求拒否決定が行われることもあり得る。また、不作為の違法確認訴訟は、不作為の違法性を裁判所が確認することによって、判決の拘束力により、実施機関が何らかの決定を行うことが義務づけられる。ただし、原告（請求者）の申請に適った決定を実施機関に義務づけることまで保障するものではない。

これに対し、原告側が真に求めているのは、開示決定、訂正決定ないし利用停止決定と言えよう。そうであるならば、原告側は、「行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにかかわらずこれがされないとき」（行政事件訴訟法第3条6項2号）、あるいは、「行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきであるにかかわらず、これをしないこと」（同法第3条5項）に該当するとして、請求拒否決定の取消訴訟、あるいは、不作為の違法確認訴訟とともに、いわゆる申請満足型義務づけ訴訟を併合提起することが望ましいと言えよう（同法第37条の3第1項・第3項）。もっとも、当該申請満足型義務づけ訴訟にあつて、原告側は、特に、①本案訴訟（処分取消訴訟・不作為違法確認訴訟）について理由があること、かつ、②処分をすべきことが法令の規定から明らかであると認められること、あるいは処分をしないことが裁量権の濫用・逸脱につながると認められることを主張・立証しなければならない（同法第37条の3第5項）。

なお、神奈川県平塚市に居住していた原告が、妻を長女の親権者として離婚した後に、平塚市個人情報保護条例に基づき、平塚市教育委員会に対して長女の転校先の開示を求めたものの、原告が長女の親権者でないためその法定代理人には該当しない（同条例旧第13条・新第14条）として開示請求が却下されたため、被告平塚市長に対し、長女の転校先の開示義務づけと慰謝料の支払いとを求めた事例（K-8⁽¹⁷⁾）がある。本件事例でも、開示の義務づけ訴訟が提起されている。当該義務づけ訴訟は、現在の行政事件訴訟法に規定されている義務づけ訴訟ではなく、当時の無名抗告訴訟の一つとして提起されている。結果的には、市長に対して開示を求める請求は、義務づけ訴訟の要件を満たさないものとして、また、国家賠償（慰謝料）請求を権利義務の主体でない行政庁を相手にするものであるとして、ともに不適法却下の判断が下されている。

（２）義務づけ訴訟の活用

まず、埼玉県鴻巣市個人情報保護条例に基づき、鴻巣市教育委員会に対し、原告が法定代理人（父親）として、離婚後に自己が親権を有することとなった3人の子に代わって、同人らに係る学齢簿登載通知書の開示請求を行った事例（K-9⁽¹⁸⁾）にあつては、「鴻巣市教育委員会は、原告に対し、原告の平成18年4月25日付け保有個人情報開示請求に基づいて、A、B及びCに係る学齢簿登載通知書（東松山市から送られたもの）につき開示決定をせよ。」との義務づけ訴訟が提起されている。さいたま地裁は、「義務付けの訴えが認容されるためには、義務付け訴訟に併合して提起された取消訴訟等に係る請求に理由があると認められ、かつ、その義務付けの訴えに係る処分等につき、行政

庁がその処分等をすべきことがその処分等の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分等をしないことがその裁量権の濫用となる等と認められることが必要であるところ（行政事件訴訟法37条の3第5項）、前記のとおり、原告の取消訴訟に係る請求は理由がないものと判断されるのであるから、本件義務付けに係る請求は、その本案要件を欠く」として、原告の請求を棄却するに至っている。また、事例（I）の控訴審判決及び事例（J）の控訴審判決にあっては、本案について理由がないとされた結果、義務づけを求める訴えは不適法であるとして却下されている。

しかし、事例（I）の第一審判決及び事例（J）の第一審判決にあっては、いずれも一部の文書について開示の義務づけが認められている。ここでは、実施機関が当該部分を開示すべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められる、と判示されている。事例（I）及び事例（J）は、いずれも第一審と控訴審とで判断が分かれた事例であるが、原告側が望むのは、まさに、開示決定、訂正決定ないし利用停止決定に他ならない。今後は、こういった決定を有効に引き出す方法として、義務づけ訴訟の活用が多いに期待されるところである。⁽¹⁹⁾

（3）仮の義務づけの申立て

義務づけ訴訟を提起した場合、開示決定、訂正決定ないし利用停止決定を迅速に引き出すために、仮の救済として、仮の義務づけの申立て（行政事件訴訟法第37条の5第1項）を行うことが考えられる。もっとも、当該申立てが認められるには、償うことのできない損害が発生し、それを避けるために緊急の必要性があること、そして、本案について理由があること、さらに、裁判所が仮の義務づけを行ったとしても、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと、これらを主張・立証しなければならない（同法第37条の5第1項・第3項）。従って、請求拒否決定の取消訴訟、あるいは、不作為の違法確認訴訟とともに併合提起された申請満足型義務づけ訴訟にあって、仮の義務づけの申立要件は、クリアするにハードルが極めて高いと予想される。しかし、開示決定、訂正決定ないし利用停止決定を求める緊急性や重大な損害発生回避のために当該申立てをせざるを得ない状況にあるのであれば、原告側が当該申立てを活用することも、法的救済の一方法として検討されるべきである。

（4）差止め訴訟・仮の差止め⁽²⁰⁾

自治体保有個人情報の名宛人である本人から個人情報の開示請求が出され、開示請求者以外の個人（第三者）情報が含まれている場合、当該第三者に権利利益侵害をもたらすときには、当該開示請求者以外の個人情報は非開示となる。もっとも、当該第三者の個人情報が例外的に開示されることもあり得る。そこで、行政機関個人情報保護法第23条1項は、開示請求に係る保有個人情報に開示請求者以外の者に関する情報が含まれているときは、行政機関の長は、開示決定等をするに当たって、当該情報に係る第三者に対し、意見書を提出する機会を与えることができるとし、そして、同

条3項は、「意見書の提出の機会を与えられた第三者が当該第三者に関する情報の開示に反対の意思を表示した意見書を提出した場合において、開示決定をするときは、開示決定の日と開示を実施する日との間に少なくとも二週間を置かなければならない。この場合において、行政機関の長は、開示決定後直ちに、当該意見書……を提出した第三者に対し、開示決定をした旨及びその理由並びに開示を実施する日を書面により通知しなければならない。」と規定している。⁽²¹⁾同様の規定は、事例（I）の愛知県個人情報保護条例第25条、事例（J）の茨城県個人情報保護条例第22条にも見られる。

従って、開示決定の日と開示を実施する日との間には2週間以上あることから、開示請求者以外の第三者にとっては、開示決定の差止め訴訟（行政事件訴訟法第3条7項）の提起もあり得よう。この場合には、重大な損害の発生（同法第37条の4第1項・第2項）、他に適当な方法がないこと（同条第1項）、開示決定を争うべき法律上の利益を有すること（同条第3項・第4項）、開示決定をすべきでないことが法令上明白であること（同条第5項）を主張すればよいこととなる。仮に、損害の発生とそれを回避するための緊急性（同法第37条の5第2項）があるのであれば、併せて、本案について理由があるとみえること（同条第2項）、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと（同条第3項）等を主張し、仮の差止めの申立てを行えばよい。もっとも、こういった訴訟提起や申立ては理論上可能であり、開示請求者以外の第三者である原告側には、極めて短期間に訴訟提起や申立てを準備しなければならず、実務上は多大な困難が伴うことも想定できないわけではない。

第4款 国家賠償請求訴訟

既に見たように、請求拒否決定については処分取消訴訟が、開示請求、訂正請求ないし利用停止請求に対する実施機関の不作為に関しては不作為の違法確認訴訟が、その他、義務づけ訴訟の提起や仮の義務づけの申立てなどの法的救済方法がある。他方、請求拒否決定や不作為に関して、国家賠償請求訴訟の提起という方法で法的救済が求められることもある。国家賠償法第1条は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定していることから、ここでは、主に、違法性、故意・過失、損害発生の要件を充足するかが争点となってくる。⁽²²⁾

（1）違法性と故意・過失

まず、非開示決定につき国家賠償請求訴訟が棄却されたものに、事例（A）、前掲事例（K-8）、事例（B）及び事例（G）がある。事例（A）及び前掲事例（K-8）にあつては、実施機関の非開示判断に違法性がなかったということで、原告の請求が棄却されている。また、事例（B）にあつては、埼玉県公文書センター所長によってなされた非公開決定は違法であるが、当該所長には国家賠償法に定める過失がないとされている。さらに、事例（G）にあつては、「情報の意図的な秘匿又

は説明義務の懈怠をしたと認めるに足る証拠はない。」と判示され、実施機関に故意・過失がなかったことも認定されている。他方、非開示決定が違法であるとして国家賠償請求訴訟が認容されたものに、事例（C）、事例（D）及び事例（F）がある。事例（F）にあっては、山梨県教育委員会が行った非開示決定は違法であり、かつ違法な職務行為について被告委員会には少なくとも過失があったと判示されている。

一般に、違法性は客観的要件、故意・過失は主観的要件とされるが、原告側の請求を棄却するか、認容するか判断基準は、違法性及び故意・過失という二元的判断からのアプローチも可能である。例えば、事例（B）で、浦和地裁は、埼玉県教育委員会が約9か月間審査請求に対する裁決をしなかったのは違法であると判示している。その際に、浦和地裁は傍論として、「公務員は職務上の義務を遵守して執行すべきであるから、事後的な司法判断により、公務員の行った処分が取り消されたとしても、職務上の義務を尽くしている限り、故意・過失の責任を問われることはないものと解すべきである。」と説示している⁽²³⁾。もっとも、注意義務違反から客観化された違法性ないし過失を認定し、特に違法性や過失を論ずることなく、違法であるから過失がある、過失による違法行為があるなど、違法性から過失を、あるいは、過失から違法性を導く一元的判断が裁判所によってなされることがある。ここでは、違法性の中に過失を読み込んだものと推察され、事例（C）及び事例（D）がこれに該当しよう。

（2）損害の発生

まず、事例（A）及び前掲事例（K-8）では、非開示決定が適法とされ原告側の請求が棄却されたこともあり、慰謝料の支払いが認められなかった。他方、事例（B）の裁決及び事例（D）の非開示決定について、原告が被った精神的苦痛について5万円の慰藉料請求が、また、事例（C）では、加害行為と損害の発生との間に因果関係があるとして、20万円の慰謝料請求が認められた。これらの事例における損害賠償の範囲は、加害行為の結果から通常発生すると想定された範囲の損害にとどまっており、判示内容には、相当の合理性が認められる。

ところで、事例（A）では、自己情報開示に係る手数料を実損として損害賠償請求が行われている。本件事例にあっては、非開示決定が違法ではないとして、手数料180円の請求は認められなかった。因みに、東久留米市個人情報法保護条例第28条では、個人情報の開示を写しの交付の方法により行う場合につき、手数料の徴収が規定されている。数多くの自治体では、請求者の知る権利を最大限保障するために、手数料の徴収を規定していない場合が多いが、個人情報保護条例上、こういった手数料の規定が置かれている場合には、精神的損害としての慰謝料以外に、財産的損害としての手数料を実損として、損害賠償請求を行うことも可能と思われる。

なお、自治体保有個人情報の記載内容に誤りがあると思料される場合には、訂正請求を行い、訂正措置がなされたときには、原告側はこれによしとして満足することもあり得よう。他方、訂正請求が拒否された場合には、当該拒否決定の取消訴訟や義務づけ訴訟を提起することも考えられる。もっとも、自治体保有個人情報の記載内容に誤りがあると思料される場合には、訂正請求を行う前

後であれ、訂正拒否決定の取消訴訟や義務づけ訴訟を提起する前後であれ、国家賠償請求を行うことができる。なぜなら、訂正請求前置主義、訂正拒否決定前置主義といったものが、行政不服審査法上及び行政事件訴訟法上、ましてや個人情報保護条例上規定されているわけではないからである。従って、原告側が精神的苦痛を受けたのであれば慰謝料の請求を、何らかの財産的損害が生じたのであれば実損についての賠償請求を、いつでも国家賠償請求という方法で行うことが可能と言えよう。

おわりに（課題と展望）

以上、行政不服審査法、行政事件訴訟法及び国家賠償法に言及しながら、請求拒否決定と行政救済に関する法的問題点につき検討・分析を行ってきた。本稿では、行政救済の多様性を指摘することができた。請求拒否決定、特に非開示決定については、処分取消訴訟が、開示請求に対する不作為については不作為の違法確認訴訟の重要性は論をまたないが、今後は、併せて義務づけ訴訟や仮の義務づけの申立ての活用を模索するべきであろう。また、現在、いわゆる番号法が施行され、ますます個人のプライバシー権保護の必要性が主張されている。個人情報保護法制にあっても、本人の自己情報コントロール権が大切であり、実施機関による請求拒否決定に対して、不服のある者に行政救済を通じてその権利保護を、ひいては、行政運営の適正性を付与することは、個人情報保護法制の運用にとって極めて重要である。請求拒否決定に対して、行政上の不服申立て、行政事件訴訟及び国家賠償請求訴訟が提起されることは、とりもなおさず、請求人にとって大いに不満があることの顕れである。今後も、実施機関の公正な判断、個人情報保護法制の適切な運用を希望して止まない。

以 上

- （１） 拙稿「自治体保有個人情報の非開示事由該当性判断の適否に関する法的問題点考察」（中京ロイヤー14号）1頁～41頁、同「自治体保有個人情報の訂正請求・利用停止等請求及び措置決定に関する法的問題点考察」（中京ロイヤー15号）15頁～42頁を参照。
- （２） なお、改正行政不服審査法が平成27年4月1日から施行されており、現在、異議申立て制度が廃止されている。従って、本稿は、旧行政不服審査法の下での検討であることを予めお断りしておく。
- （３） 例えば、①最判昭和38年5月31日（所得税青色審査決定処分等取消請求事件）判例タイムズ146号151頁、②最判昭和60年1月22日（一般旅券発給拒否処分取消等請求事件）判例時報1145号28頁・判例タイムズ549号167頁、③最判平成4年12月10日（警視庁情報非開示決定処分取消請求事件）判例時報1453号116頁・判例タイムズ813号184頁・判例地方自治110号55頁などを挙げることができる。これらの判例についての評釈も枚挙に暇がないので、差しあたり、①については、下川環「理由の提示（１）－青色申告にかかる更正」（『行政判例百選Ⅰ（第6版）』127）256頁～257頁、②については、折橋洋介「理由の提示（３）－旅券発給拒否」（『行政判例百選Ⅰ（第6版）』129）260頁～261頁、③については、織朱實「理由の提示（３）－公文書非開示決定」（『行政判例百選Ⅰ（第5版）』126）254頁～255頁、及びそれらに掲げられている文献を参照されたい。
- （４） 事例（K－4）東京地判平成9年5月9日（情報非公開処分取消請求事件・中学生自殺事件作文

開示訴訟：第1審：一部却下・一部棄却）判例時報1613号97頁・判例タイムズ967号130頁・判例地方自治168号61頁；東京高判平成11年8月23日（控訴審：棄却）判例時報1692号47頁・判例タイムズ1021号175頁、判例評釈として、第1審につき、安達和志「いじめ自殺生徒に関する市立中学校作文不開示決定の適法性」（法学教室207号）102頁～103頁、常本照樹「中学校生徒の親からの、個人情報保護条例に基づく、右生徒の自殺に関する全校生徒の作文の開示請求を棄却した決定が相当とされた事例」（判例時報1643号）203頁～207頁、控訴審につき、太田幸夫「自殺した市立中学校生徒の父親からの市の個人情報保護条例に基づく当該自殺に関する全校生徒の作文の開示請求に対して不開示とした教育長の決定が相当とされた事例－中学生自殺事件作文開示訴訟控訴審判決」（判例タイムズ1065号・平成12年度主要民事判例解説）338頁～339頁、下村哲夫「自殺生徒をめぐる全校生徒作文開示請求訴訟」（法律のひろば53巻2号）68頁～74頁がある。

- (5) なお、審査会の答申が尊重されてその内容が反映された場合、決定や裁決の通知書には答申が添付されることが通常であるので、この段階で処分理由が明確になろう。もっとも、泉南市個人情報保護条例では、「答申書の写しを不服申立人及び参加人に送付するとともに、答申の内容を公表するものとする」といった規定は存在しないので、審査庁である泉南市長が裁決の通知書のみを原告側に交付したことは、あながち違法ではないと言えよう。以上に関連して、本稿第2節の第2款(3)「審査会による答申」と第3款(2)「審査会の答申内容を尊重した決定・裁決」を参照されたい。
- (6) 事例(K-5)浦和地判平成9年8月18日（行政情報非公開決定処分取消請求事件：棄却）判例時報1660号48頁・判例タイムズ962号110頁、判例評釈として、清水幸雄「法定代理人による情報公開請求」（清和法学研究5巻1号）207頁～222頁がある。
- (7) 処分理由の追加・変更の主張を認めたものとして、最判平成11年11月19日（逗子市住民監査記録事件・公文書一部公開拒否処分取消請求事件）判例時報1696号101頁・判例タイムズ1018号169頁がある。当該判例についての評釈も枚挙に暇がないので、差しあたり、池田直樹「処分理由の差替え(2)－情報公開」（『行政判例百選Ⅱ（第6版）』197）406頁～407頁、及びそこに掲げられている文献を参照されたい。その他、宇賀克也『情報公開法・情報公開条例』（有斐閣・2001年）159頁～163頁、米田雅宏「情報公開争訟の諸問題」（現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅳ自治体争訟・情報公開争訟』日本評論社・2014年）204頁～211頁は、情報公開訴訟における不開示処分理由の追加・差替えを検討している。
- (8) 文書不存在の類型を扱った論稿として、川上宏二郎「情報公開条例と公文書の『不存在』」（西南学院大学法学論集第22巻第2・3合併号）127頁～144頁、高田敏「情報公開と公文書の不存在」（ジュリスト臨時『情報公開・個人情報保護』所収）76頁～82頁などがある。
- (9) 例えば、事例(B)の埼玉県個人情報保護条例第60条3項、事例(F)の山梨県個人情報保護条例第46条2項、事例(J)の茨城県個人情報保護条例第53条3項などには、「文書不存在見なし規定」が置かれている。
- (10) 本稿第3節の第2款(2)「狭義の訴えの利益」も参照されたい。
- (11) 事例(K-6)横浜地判平成8年3月25日（行政処分取消請求事件：棄却）判例時報1587号53頁・判例タイムズ938号100頁・判例地方自治152号90頁、判例評釈として、高倉統一「『精神障害者』を本人とする個人情報開示請求権の法的成性格」（法政研究64巻4号）847頁～860頁がある。
- (12) 一般の処分取消訴訟における主張立証責任については、原告側説、被告側説、法律要件分類説や実質説（個別的判断説）など、学説が分かれている。詳しくは、室井他・前掲書（『コンメンタール行政法Ⅱ』）112頁以下を参照。なお、情報公開請求に対する非公開処分を争う訴訟につき、最判平成6年2月8日（文書非公開決定処分取消請求事件・大阪府水道部懇談会議費情報公開請求訴訟最高裁判決）判例時報1488号3項・判例タイムズ841号91項・判例地方自治121号13頁は、非公開事由該当性を基礎づける事実の立証責任は被告側（実施機関側）にあるとしている。当該判例につい

ての評釈も枚挙に暇がないので、差しあたり、玉巻弘光「食料費情報公開」(『地方自治判例百選(第3版)』16)34頁~35頁、及びそこに掲げられている文献、その他、宇賀・前掲書(『情報公開法・情報公開条例』)149頁~151頁を参照されたい。

- (13) 事例(K-7)大阪地判平成17年3月15日(部分開示決定一部取消請求事件:棄却・確定)判例地方自治276号84頁。
- (14) 拙稿「自治体保有個人情報の非開示事由該当性判断の適否に関する法的問題点考察」(中京ロイヤル14号)18頁~19頁を参照。なお、情報公開訴訟と文書不存在立証責任のあり方については、宇賀・前掲書(『情報公開法・情報公開条例』)151頁~152頁、野口貴公美「警察・検察・防衛・外交関係の情報公開」(現代行政法講座編集委員会編・前掲『現代行政講座Ⅳ自治体訴訟・情報公開争訟』)336頁~337頁を参照。
- (15) 不作為の違法確認訴訟の係属中に酒類販売免許条件緩和拒否処分が行われたとし、訴えの利益の消滅を認めたものとして、最判平成6年2月8日(不作為の違法確認請求上告事件)税務訴訟資料200号570頁を挙げることができる。
- (16) 南他・前掲書(『条解 行政事件訴訟法 第3版補正版』)88頁。
- (17) 事例(K-8)横浜地判平成12年2月21日(転居先住所不開示処分取消等請求事件:一部却下・一部棄却)判例地方自治206号90頁。
- (18) 事例(K-9)さいたま地判平成19年4月25日(個人情報不開示処分取消請求事件:棄却)判例集未掲載。
- (19) なお、米田・前掲論文211頁~214頁は、情報公開訴訟における義務づけ訴訟を検討している。
- (20) 本稿第3節の第2款(1)「訴えの利益」も参照されたい。本稿の趣旨は、「自治体保有個人情報に関する請求拒否決定(非開示決定・訂正拒否決定・利用停止拒否決定)と行政救済の法的問題点考察」であり、第三者による開示決定差止め訴訟の提起という論点は、本稿の趣旨から若干離れていることを、予めお断りしておきたい。なお、米田・前掲論文214頁~216頁は、情報公開訴訟における差止め訴訟、仮の差止め、取消訴訟と執行停止に触れているので、参照されたい。
- (21) 詳しくは、宇賀・前掲書(『個人情報保護法の逐条解説[第3版]』)354頁以下を参照。
- (22) 個人情報保護と国家賠償法第1条の責任については、夏井高人・新保史生『個人情報保護条例と自治体の責務』(ぎょうせい・2007年)200頁~207頁が、これに一部触れている。その他、情報公開請求不開示決定と国家賠償責任については、宇賀・前掲書(『情報公開法・情報公開条例』)164頁~168頁、米田・前掲論文217頁~222頁を参照。
- (23) なお、国家賠償法上の違法性については、一般に、結果不法説、行為不法説及び相関関係説などに分かれる。そして、行為不法説には、公権力発動要件の欠如をもって違法と解する公権力発動要件欠如説、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことををもって違法とする職務行為基準説がある。この点、詳しくは、室井他・前掲書(『コンメンタール行政法Ⅱ』)514頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法(第5版)』(2015年・有斐閣)428頁以下などを参照。